

**Wybrane umowy  
w transakcjach  
mergers & acquisitions  
(share deals) w świetle  
KC i KSH**

Przejdź do produktu na [ksiegarnia.beck.pl](https://ksiegarnia.beck.pl)

# Rozdział I. Umowa o zachowaniu poufności (*non-disclosure agreement*)

## § 1. Wprowadzenie

Jak wiadomo, informacja jest współcześnie uważana za dobro szczególnie cenne. Dostęp do niej i możliwość jej przetwarzania zapewnia podmiotom gospodarczym pozycję rynkową i przewagę konkurencyjną niedostępną dla producentów i dystrybutorów, którzy z informacji korzystają w mniejszym stopniu. Nie bez powodu obecnie największe (z punktu widzenia kapitalizacji giełdowej) koncerny na świecie – jak choćby Google, Amazon, Apple czy Facebook – to podmioty obsługujące „świat informatyczny”, wyposażone w narzędzia, pozwalające im na gromadzenie i korzystanie z wiedzy zapisanej w informacji, co z kolei umożliwi następnie jej „monetyzację” w celu osiągnięcia zysku.

Systemy prawne reglamentują obrót informacją na różne sposoby, w tym zapewniając poufność danych. Wszystkim znane są akronimy RODO czy MAR, pod którymi ukryte są rozwiązania legislacyjne, organizujące obieg informacji z zamiarem czy to ograniczenia dostępu do niej przez osoby trzecie, czy też zapewnienia, by ogół zainteresowanych miał równe szanse na pozyskanie tożsamej wiedzy w kwestiach istotnych rynkowo. Podobną rolę spełniają przepisy ZNKU, zwłaszcza zaś jej art. 11 ust. 1, opisujący czyn nieuczciwej konkurencji jako ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, czy art. 104 PrBank, konstruujący pojęcie tajemnicy bankowej. Także KC chroni informacje udostępnione kontrahentowi (w toku negocjacji) z zastrzeżeniem poufności i sankcjonuje ich niedozwolone ujawnienie, wyposażając uprawnionego w roszczenia, opisane w art. 72<sup>1</sup> § 2 KC.

Jak to pokażą dalsze wywody (zob. rozdz. I § 3, s. 18–25) ochrona ustawowa nie jest wystarczająca. Oszczędna regulacja KC, w wielu kwestiach wywołująca spory interpretacyjne, jest w transakcjach M&A zastępowana bądź uzupełniana przez uzgodnienia umowne.

## § 2. Treść NDA

### I. Informacje objęte umową NDA

Występujące w obrocie umowy NDA zwykle są do siebie bardzo podobne. Najczęściej w preambułach takich umów określa się cel, w związku z którym zostają zawarte. W przypadku umów zawieranych w ramach transakcji M&A, chodzi o **zachowanie w poufności** udostępnianych przyszłemu kontrahentowi **informacji** dotyczących spółki, mającej być przedmiotem inwestycji (spółka docelowa, *target company*), w tym przede wszystkim odnoszących się do relewantnego rynku, na którym spółka działa, jej kontrahentów czy zawieranych przez nią umów, jak również wszelkich innych informacji, opisujących pozycję prawną spółki jako uczestnika obrotu.

W zależności od otoczenia gospodarczego spółki i rodzaju prowadzonej przez nią działalności, do informacji poufnych należy z pewnością zaliczyć (w szczególności) informacje o strukturze organizacyjnej, w jakiej usytuowana jest spółka, jej założeniach biznesowych i planach na przyszłość, jak również o świadczonych przez nią usługach, powiązaniach kooperacyjnych, w tym o sposobach pozyskiwania świadczeń potrzebnych do jej działalności, czy o zasobach lub źródłach surowcowych lub materiałowych spółki, czy wreszcie informacje o stanie jej wierzycelności i zobowiązań, w tym o ich wymagalności (terminach płatności), zaległościach i przedawnieniu.

Nie sposób *in abstracto* stworzyć katalogu takich informacji; jego treść zależy przede wszystkim od rodzaju prowadzonej przez nią działalności i pozycji spółki na rynku. Należy jednak zauważyć, że z uwagi na właściwości procesu uzgadniania transakcji M&A, do katalogu takiego z pewnością należeć będzie informacja o toczących się negocjacjach, jego uczestnikach i proponowanych przez nich parametrach transakcji. Zwykle bowiem proces taki jest konkurencyjny, zaś zapraszający do negocjacji jest zainteresowany utrzymaniem w poufności nie tylko informacji o spółce, ale też informacji o proponowanych przez siebie warunkach transakcji, a nierzadko również o tym, że jakies negocjacje w ogóle się toczą.

Z natury rzeczy – chyba że umowa NDA stanowi inaczej, co jednak trudno sobie wyobrazić – objęte ochroną umowną będą też tajemnice przedsiębiorstwa, opisane w art. 11 ust. 2 ZNKU, tj. „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo

dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Przytoczona wyżej definicja pojęcia tajemnic przedsiębiorstwa wskazuje na dwa aspekty, które należy rozważyć także w przypadku umowy NDA, zwłaszcza gdy umowa wprost ich nie adresuje. Powstaje mianowicie pytanie, czy ochroną umowną objęte będą też:

- 1) informacje nieposiadające wartości gospodarczej dla uprawnionego; jak również
- 2) informacje, co do których uprawniony nie podjął żadnych innych starań (poza objęciem ich umową NDA) w celu zachowania ich w poufności.

Co do pierwszej kwestii, mimo że w art. 72<sup>1</sup> § 1 KC nie ma wzmianki o wartości gospodarczej informacji udostępnionych drugiej stronie z zastrzeżeniem poufności, powszechnie przyjmuje się, że cechą taką powinny posiadać<sup>1</sup>. Pogląd ten należy podzielić. Odpowiedzialność przewidziana w powołanym wyżej przepisie – niezależnie od tego, o jaki jej rodzaj chodzi i jakie są przesłanki jej powstania (zob. szerzej rozdz. I § 2 pkt VI) – jest jednak odpowiedzialnością odszkodowawczą, a więc występuje wtedy, gdy naruszony zostaje interes uprawnionego, zaś naruszenie takie wyraża się jakimś uszczerbkiem w jego majątku. Poza tym przepis ten stanowi o udostępnieniu informacji w toku negocjacji, a nie przy okazji ich prowadzenia, wobec czego chodzi zapewne o informacje istotne z punktu widzenia negocjowanej umowy, a więc doniosłe gospodarczo.

Podobnie jest w przypadku umownej ochrony (w obrocie gospodarczym<sup>2</sup>) informacji udostępnionych z zastrzeżeniem poufności. Ich ujawnienie – w sytuacji, gdyby były one nieistotne z punktu widzenia interesów majątkowych uprawnionego – nie stanowiłoby (moim zdaniem) naruszenia umowy NDA, bowiem informacje powinny podlegać ochronie tylko wtedy, gdy są gospodarczo relewantne. Innymi słowy, chodziłoby wtedy o niemożność objęcia umową NDA informacji gospodarczo nieistotnych (nawet gdy wyraźnie postanowiono inaczej), a nie o brak odpowiedzialności wynikający z braku szkody podlegającej naprawieniu. Powyższe rozróżnienie może okazać się istotne zwłaszcza w przypadku, gdy sankcją za ujawnienie informacji poufnych (choć nieposiadających wartości gospodarczej dla uprawnionego) jest kara umowna, która – zgodnie

<sup>1</sup> Zob. P. Machnikowski, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz KC, 2019, art. 72<sup>1</sup>, Nb 2.

<sup>2</sup> Inaczej może być np. w przypadku umowy o nierozpowszechnianie informacji, zawartej w celu ochrony praw na dobrach osobistych uprawnionego. Opisywane tu umowy NDA służą jednak innym celom.

z dominującym stanowiskiem orzecznictwa<sup>3</sup> – należna jest także w przypadku, gdy uprawniony nie wykaże poniesienia szkody bądź jej rozmiaru.

Wyjaśnieniem nieobjęcia informacji gospodarczo nierелеwantnej ochroną umowną jest przyjęcie, że sprzeciwiałoby się to naturze zobowiązania (wobec czego umowa sankcjonująca naruszenie poufności informacji gospodarczo nieistotnej byłaby nieważna; art. 353<sup>1</sup> KC); alternatywą dla powyższej interpretacji mogłoby być uznanie, że żądanie sankcji z tytułu naruszenia poufności stanowi nadużycie prawa (art. 5 KC)<sup>4</sup>. W obu tych przypadkach rezultat będzie taki sam: informacje gospodarczo nieistotne nie będą chronione umownie, tyle że w pierwszym przypadku wynikałoby to z przekroczenia granic swobody kontraktowania, zaś w drugim – z niedopuszczalności sankcjonowania ujawnienia informacji gospodarczo nieistotnych (tj. z nieobjęcia ochroną prawa roszczenia, powstałego w związku z naruszeniem umowy NDA), wskutek zastosowania tzw. wewnętrznej koncepcji nadużycia prawa<sup>5</sup>, chociażby nawet informacje takie były literalnie objęte umową o zachowaniu ich w poufności.

Kwestia ma dość wymierny walor praktyczny; znany mi jest spór arbitrażowy, którego istotą była odpowiedź na pytanie, czy ujawnienie określonej informacji – objętej umową NDA, choć nieprzedstawiającej żadnej wartości gospodarczej dla uprawnionego – stanowiło naruszenie umowy, a tylko nie skutkowało szkodą (wobec czego nie podlegało kompensacie w postaci odszkodowania, choć mogło być objęte sankcją kary umownej, gdyby przyjąć, że należna jest ona także w braku szkody), czy też – z uwagi na treść informacji, gospodarczo nieistotnej – w ogóle nie należało do zakresu normowania wyznaczonego umową, tj. nie było objęte zakazem wynikającym z NDA i w związku z tym nie mogło w ogóle podlegać żadnej sankcji.

Co do zaś drugiej sygnalizowanej wyżej kwestii, w braku regulacji umownej, nakładającej na uprawnionego obowiązek podjęcia starań o zachowanie odpowiednich informacji w poufności, ochronie umownej podlegać będą wszelkie informacje wskazane w umowie NDA (gospodarczo relewantne), bez względu na to, czy uprawniony podjął jakieś kroki, by chronić je przed dostępem ze strony osób trzecich. To bowiem nie on, a podmiot zobowiązany, ma chronić informacje przed ich upublicznieniem. Jeśli więc informacje chronione znajdują się w domenie publicznej za sprawą zaniedbań ze strony uprawnionego, przestaną być informacjami

<sup>3</sup> Zob. uchw. SN(7) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69.

<sup>4</sup> Zob. bliżej (co do obu koncepcji) *A. Michalak*, Nowelizacja Kodeksu cywilnego. Ochrona tajemnic handlowych w trakcie negocjacji, MoP 2003, Nr 13, s. 584.

<sup>5</sup> Zob. *Z. Radwański, A. Olejniczak*, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2019, s. 108–109.

poufnymi i tym samym zgaśnię ciężąca na zobowiązanym powinność ich nieujawniania. Przenoszenie więc na grunt umowy NDA wymogów wynikających z art. 11 ust. 2 ZNKU nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zarazem też w doktrynie wskazuje się, iż wystarczającym przejawem dołożenia przez uprawnionego starań o zachowanie określonych informacji w poufności jest objęcie ich umową NDA<sup>6</sup>. Już więc z tego względu nie ma powodu, by wymagać od uprawnionego jakichś dalej idących aktów staranności.

Umowy NDA w różny sposób podchodzą do **oznaczenia informacji**, podlegających ochronie. Najczęściej określa się je generycznie, tj. bez ich szczegółowego wyliczania. Poprzestaje się wówczas na wskazaniu, że poufne mają pozostać wszelkie informacje, jakie zobowiązany uzyskał, w dowolnej formie, od uprawnionego w związku z przedsięwzięciem, wymagającym ich udostępnienia. Tego typu klauzule są zwykle przedmiotem intensywnych negocjacji, które nierzadko kończą się sporządzeniem zapisu cyfrowego przekazanych dokumentów (gdy to możliwe) i wyliczeniem innych informacji, jakie mają pozostać poufne (np. faktu zaproszenia do negocjacji, a następnie ich prowadzenia, jeśli fakt ten sam w sobie przedstawia wartość rynkową lub może być – w odniesieniu do spółek giełdowych – informacją „cennotwórczą”).

Przedmiotem kontrowersji bywa również to, czy objęte poufnością mają być też opracowania sporządzone przez osoby trzecie na zlecenie zobowiązanego z wykorzystaniem informacji udostępnionych przez uprawnionego (np. raporty *due diligence* czy *feasibility studies*) i jaki ma być los takich dokumentów po upływie okresu ich przydatności dla zobowiązanego (np. po zakończeniu negocjacji bez zawarcia umowy).

Kwestia przedstawia się prosto, gdy chodzi o informacje udostępnione zobowiązanemu, ale nieprzekazane przez niego osobom trzecim. Wówczas wystarczy nałożenie na zobowiązanego obowiązku zwrotu dokumentów otrzymanych od uprawnionego i zniszczenia wszelkich ich cyfrowych odpowiedników bądź kopii innego rodzaju, w połączeniu z pisemnym oświadczeniem zobowiązanego, że zwrócił lub zniszczył wszystko, co trzeba.

Natomiast w przypadku osób trzecich – niezwiązanych umową NDA – które korzystały z informacji poufnych w celu sporządzania różnego rodzaju analiz czy raportów dla zobowiązanego, obowiązek tego ostatniego z reguły określany jest jako „spowodowanie” (ang. *to procure*), że osoby trzecie zwrócą bądź zniszczą dokumenty zawierające informacje poufne, do których miały dostęp w związku z wykonywaniem

<sup>6</sup> Zob. S. Soltysiński, S. Gogulski, w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz (red. J. Szwaja), Warszawa 2019, art. 11, Nb 10.

prac analitycznych dla zobowiązanego. Czasami też wprost zezwala się takim podmiotom (*notabene*, niezwiązanym umową NDA) na zachowanie kopii prac analitycznych w ich archiwach. Tego rodzaju zezwolenia nie wiążą takich podmiotów, ale wyznaczają zakres powinności zobowiązanego do spowodowania stanu rzeczy wynikającego z umowy NDA.

## II. Poufność informacji

Nie każda informacja jest poufna i wobec tego nie każda przekazana zobowiązanemu przez uprawnionego informacja podlega ochronie (i sankcjom na wypadek jej upowszechnienia), nawet jeśli inaczej to zastrzeżono w umowie NDA.

W szczególności, zwykle wprost wyłącza się w umowie nakaz zachowania w poufności informacji, jakie znajdują się już w domenie publicznej, a więc są publicznie znane lub mogą być pozyskane z dostępnych publicznie źródeł (np. z wpisów do KRS, z książek wieczystych, czy z archiwów prasowych).

Nie mają też cechy poufności informacje pozyskane z innych (niepublicznych) źródeł; nierzadko zarazem zastrzega się, że w takim przypadku chodzi o informacje pozyskane przez zobowiązanego bez naruszenia przez niego zobowiązania poufności, czy też – najogólniej – bez jego starań o uzyskanie takiej wiedzy (co już budzi wątpliwości; zob. rozdz. I § 2 pkt III).

Wreszcie nie jest objęta umową NDA wiedza, jaką zobowiązany miał przed udostępnieniem mu przez uprawnionego informacji o tożsamej treści. Wymaga się wtedy czasami od zobowiązanego dowodu co do tej okoliczności i uzgodnień z uprawnionym co do następczego traktowania jej jako poufnej. Ten ostatni obowiązek (w praktyce: objęcie klauzulą poufności wiedzy, jaką zobowiązany miał o uprawnionym czy spółce docelowej przed zawarciem umowy NDA) wydaje się być niezgodny z naturą umowy NDA, której sensem jest wszak uczynienie poufną i ochrona przed rozpowszechnianiem wiedzy, jaką zobowiązany pozyskał od uprawnionego, a nie każdej wiedzy o nim.

Spotyka się też niekiedy umowy NDA, w których pojawia się jeszcze dalej idący wymóg, mianowicie obowiązek wykazania lub upewnienia się przez zobowiązanego – przy dołożeniu należytych czy rozsądnych (ang. *reasonable*) starań – że stosowną informację pozyskał od osoby, która sama nie naruszyła zobowiązania poufności, wiążącego ją względem uprawnionego, czy też ciążącego na niej z racji innego obowiązku prawnego.

Jest wątpliwe, czy ostatnio wspomniane zastrzeżenia mieszczą się w granicach swobody kontraktowania, może poza tym, że poufnością po-

winny pozostać objęte informacje, będące wynikiem bezprawnej aktywności zobowiązanego w kierunku pozyskania (za pośrednictwem osób trzecich) wiedzy o uprawnionym czy o spółce docelowej. Poza tym wyjątkiem (i podobnymi), nie wydaje się zasadne, by zobowiązany miał ponosić konsekwencje bezprawnego działania osób trzecich, za które nie odpowiada i których nie skłonił do naruszenia wiążących je obowiązków poufności, ani też by miał na nim ciążyć obowiązek sprawdzania, w jaki sposób (i czy zgodnie z prawem) osoby trzecie weszły w posiadanie wiedzy (o uprawnionym czy o spółce docelowej), następnie przekazanej zobowiązanemu. Wiedza taka nie powinna być objęta obowiązkiem zachowania jej w poufności i sankcjami za jego naruszenie, a więc umowa NDA zawierająca takie (i podobne) zastrzeżenia mogłaby być uznana za nieważną w tym zakresie. Umowa cywilnoprawna może sankcjonować działania/zaniechania samego dłużnika (art. 471 KC) oraz osób, za pomocą których zobowiązanie wykonuje (art. 474 KC), ale nie osób trzecich, za które nie odpowiada, chyba że zawarto by umowę gwarancyjną, w której zobowiązany zastrzeżę, że:

- 1) pozyskana przez niego od osób trzecich wiedza o uprawnionym czy spółce docelowej została przez nie zdobyta w sposób zgodny z prawem i wiążącymi je powinnościami umownymi; oraz
- 2) zobowiązuje się do naprawienia szkody poniesionej przez zobowiązanego (lub do spełnienia świadczenia umownego innego rodzaju), gdyby jego zastrzeżenie okazało się nietrafne.

Typowe umowy NDA występujące w obrocie nie są jednak konstruowane z wykorzystaniem modelu umowy gwarancji.

### III. Treść obowiązku zachowania poufności

Zasadniczo treść obowiązku zachowania informacji w poufności zwykle sprowadza się do zobowiązania dłużnika do:

- 1) nieujawniania informacji;
- 2) stworzenia takich warunków przechowywania informacji, by mogła ona pozostać poufna; oraz
- 3) korzystania z informacji tylko w takim celu, w jakim została mu ona przekazana.

O ile obowiązki, wymienione w pkt 1 i 2 powyżej, wprost odnoszą się do poufności, rozumianej jako nieujawnienie informacji osobom trzecim, o tyle obowiązek opisany w pkt 3 wykracza poza tego rodzaju znaczenie. Zakazuje on bowiem czynienia użytku z informacji dla własnych celów zobowiązanego, nieobjętych umową NDA, nawet gdyby korzystanie takie nie wiązało się z ujawnieniem informacji osobom trzecim. W związku z tym czasami taki zakaz nie występuje, czy to dlatego, że



jest on wykreślany w procesie negocjowania umowy, czy też dlatego, że strony uważają tego rodzaju zakaz za zbędny, skoro można go wyprowadzić także z ustawy, jak choćby z przepisu art. 72<sup>1</sup> § 1 KC (gdy umowa NDA nie uchyla w całości regulacji kodeksowej; zob. bliżej rozdz. I § 3), czy z norm ZNKU, w myśl których wykorzystanie dla własnej korzyści informacji, mających cechy tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi delikt sankcjonowany przepisami ZNKU.

Umowy NDA zawierane są z reguły przez podmioty kontrolujące spółki, których akcje/udziały mają być przedmiotem umowy SPA, zaś ujawniane informacje dotyczą wówczas spółki-córki (spółki docelowej), niebędącej stroną NDA. W takich przypadkach czasami ta ostatnia umowa zawiera zastrzeżenie o świadczeniu na rzecz osoby trzeciej (art. 393 KC), a wówczas uprawnioną do otrzymania świadczenia (tj. zaniechania ze strony zobowiązanego) jest spółka docelowa. W konsekwencji jest też ona uprawniona do otrzymania świadczenia odszkodowawczego, gdy w wyniku naruszenia umowy NDA (ujawnienia przez zobowiązanego informacji o niej) spółka-córka poniesie szkodę w okolicznościach, gdy spełnione zostaną pozostałe przesłanki odpowiedzialności *ex contractu*. Rozwiązanie to ułatwia dochodzenie roszczeń (zwłaszcza gdy sankcją za niewykonanie umowy NDA nie jest kara umowna), bo spółce docelowej łatwiej wykazać szkodę niż spółce-matce, dla której poniesiona przez nią szkoda będzie zwykle jedynie tzw. szkodą pośrednią (a więc zależną od utraty wartości spółki, którą kontroluje); nie jest zaś bezsporne, czy i w jakim zakresie oraz okolicznościach szkoda pośrednia podlega naprawieniu<sup>7</sup>.

Umowy NDA z reguły opisują nie tylko zachowania samego zobowiązanego, ale też zachowania osób trzecich (w szczególności podwładnych, piastunów organów czy zleceniobiorców zobowiązanego), którym zobowiązany przekazał informacje poufne w ramach upoważnienia, zawartego w NDA (zob. bliżej rozdz. I § 2 pkt IV). W takim przypadku umowy NDA zwykle wymagają od zobowiązanego jedynie spowodowania, by takie osoby honorowały zakaz ujawniania informacji poufnych w taki sposób, jak sam zobowiązany. Tego rodzaju ujęcie prowadzi do sporów o to, w jakich okolicznościach zobowiązany jest zwolniony od odpowiedzialności za to, że osoba trzecia nie zachowała informacji w poufności (zob. bliżej rozdz. I § 2 pkt VI).

Umowy NDA różnią się znacznie co do stopnia precyzji w opisie treści powinności zobowiązanego. Czasami stanowi się jedynie ogólnie o obowiązku zachowania informacji w poufności, a czasami opisuje się

---

<sup>7</sup> Zob. syntetyczne przedstawienie poglądów w tej kwestii A. Śmieja, w: System PrPryw, t. 6, 2018, s. 421–423, Nb 120 oraz powołane tam literatura i orzecznictwo.

ów obowiązek bliżej, zarazem wykraczając poza treść typowej (empirycznie wyróżnionej) umowy NDA.

Do przykładów zobowiązań tego ostatniego rodzaju należą (w szczególności) powinności odnoszone do zapewnienia zachowania w poufności informacji, których nierozpowszechnianie (w tym nieprzetwarzanie) zastrzegane jest w przepisach ustaw implementujących wymogi RODO czy MAR. Zakazuje się też nie tylko ujawniania już udostępnionych informacji poufnych, ale również – o czym była wcześniej mowa (zob. rozdz. I § 2 pkt II) – pozyskiwania dalszych informacji od podmiotów trzecich, co można sprowadzić do zakazu wchodzenia w relacje z osobami, które mogłyby być źródłem wiedzy o gospodarczej celowości transakcji, jaką zobowiązany zamierza przeprowadzić. Wątpliwe jest, czy tego rodzaju zobowiązanie mieści się w granicach swobody umów; wszak symetria informacyjna powinna leżeć u podstaw każdej transakcji. Nie zasługuje bowiem na ochronę ten, kto nadmiernie dba o własny interes, ograniczając innym dostęp do wiedzy, jakiej wcześniej sam nie ujawnił, a jaka może przesądzić o nieprzystąpieniu do transakcji przez kontrahenta dobrze poinformowanego, który zobowiązania do nieujawniania informacji nie naruszył, a tylko starał się (legalnie) pozyskać wiedzę, jaką uprawniony uczynił dla niego niedostępną.

#### **IV. Wyłączenia z obowiązku zachowania poufności – dozwolone ujawnienia**

Jest oczywiste, że przetwarzanie informacji poufnych otrzymanych przez zobowiązanego wymaga zaangażowania specjalistów z różnych dziedzin w celu oceny zasadności inwestycji, w związku z którą zawiera się umowę NDA. Ponadto niezbędne jest podzielenie się informacją poufną z piastunami organów zobowiązanego lub jego spółek zależnych czy dominujących, bo prawo czy dokumenty założycielskie zobowiązanego (umowa spółki czy statut) mogą wymagać zgód takich organów na zrealizowanie inwestycji. Wreszcie prawo może nakładać na zobowiązanego obowiązek ujawnienia określonych informacji władzom publicznym czy organom wymiaru sprawiedliwości, bez względu na to, czy informacje takie są objęte umownym zakazem ujawniania i niezależnie od sposobu ich pozyskania.

Opisane wyżej sytuacje, gdzie zasadne lub konieczne okazuje się udostępnianie osobom trzecim informacji objętych nakazem zachowania ich w poufności, stanowią typowy przedmiot regulacji każdej umowy NDA.

Z reguły zezwala się na udostępnienie informacji wskazanym wyżej osobom trzecim, po podjęciu przez zobowiązanego dodatkowych aktów staranności różnego rodzaju.

W przypadku, gdy ujawnienie informacji poufnych wynika z bezwzględnie wiążących norm prawa – co odnosi się z reguły do ujawnień na żądanie organów władzy publicznej (w tym regulatorów rynku finansowego czy konsumenckiego) i organów wymiaru sprawiedliwości – owe akty staranności ograniczają się zwykle do poinformowania uprawnionego o konieczności ujawnienia informacji i przeprowadzeniu z nim konsultacji co do potrzeby i niezbędnego zakresu ujawnienia.

Czasami też wymaga się uzgodnienia – a więc nie tylko skonsultowania – tekstu dokumentu, w którym ujawnia się informacje poufne. Ten ostatni wymóg budzi wątpliwości, bo nierzadko do uzgodnień w tej materii może nie dojść. Interesy stron umowy NDA są bowiem z reguły rozbieżne: zobowiązany jest zwykle zainteresowany wykonaniem obowiązku prawnego w możliwie pełnym zakresie i bez zbędnej zwłoki – zwłaszcza że chodzi o informacje dotyczące uprawnionego i jego grupy kapitałowej, a nie zobowiązanego; natomiast uprawniony jest z reguły zainteresowany ujawnieniem możliwie niewielkiego zakresu wiedzy na swój temat. Wobec tego nakładanie na strony obowiązku uzgodnienia tekstu ujawnienia wydaje się nadmiernie chronić interes uprawnionego; w końcu to nie on ponosi ryzyko braku lub nieterminowości ujawnienia, a zobowiązany. Wystarczające wydaje się więc być nałożenie na zobowiązanego obowiązku skonsultowania tekstu dokumentu ujawnienia i uwzględnienia rozsądnych zastrzeżeń zgłoszonych przez uprawnionego o tyle, o ile nie prowadzi to do naruszenia przez zobowiązanego jego ustawowych obowiązków informacyjnych.

Natomiast w przypadku ujawnień dokonywanych wobec zleceniobiorców czy innych współpracowników zobowiązanego lub członków organów uprawnionego i spółek z jego grupy kapitałowej, zwykle zezwala się na ujawnienie informacji tylko tym, którzy „muszą wiedzieć” (ang. a „*need to know*” basis), a więc tym, których udział w planowanej transakcji jest niezbędny dla jej oceny i przeprowadzenia. Wymaga się wtedy od zobowiązanego zawarcia z nimi osobnych umów NDA, replikujących postanowienia umowy, zawartej pomiędzy zobowiązanym a uprawnionym oraz stanowi się – co wydaje się zbędne, bo kwestię tę wystarczająco reguluje ustawa (art. 474 KC) – że za działania i zaniechania takich osób zobowiązany odpowiada jak za własne działania.

## V. Czas trwania obowiązku zachowania poufności

Rzadko się zdarza, by umowy NDA nie wskazywały okresu związania stron taką umową<sup>8</sup>. Zwykle są to okresy kilkuletnie, liczone od różnie określonych zdarzeń, w zależności od tego, jakiego rodzaju transakcję strony zamierzają wdrożyć.

Gdy bowiem dojdzie do zawarcia umowy SPA, dalsze trwanie zobowiązania do zachowania informacji w poufności może stracić sens, jeśli np. zobowiązany nabył spółkę docelową. Gdy jednak nabył tylko jedną spółkę z grupy, spółka-matka może nadal mieć interes w tym, by jej kontrahent zachował w poufności wiedzę odnoszącą się do niej samej lub do pozostałych spółek z grupy.

Podobnie może być w przypadku, gdy transakcją, w związku z którą zawarto umowę NDA, jest zakończona sukcesem umowa wspólników (SHA), kształtująca ich prawa i obowiązki wobec spółki, w którą zainwestowali, jak i wzajemnie wobec siebie. Wówczas pozyskane przez zobowiązanego informacje o pozostałych akcjonariuszach/wspólnikach będących stronami takiej umowy pozostają objęte zastrzeżeniem poufności, skoro z reguły wykraczają one poza to, co dotyczy spółki docelowej.

Natomiast gdy do zamierzonej transakcji (jakiegokolwiek) nie dojdzie, obowiązek zachowania w poufności uzyskanych przez zobowiązanego informacji trwa przez okres wskazany w umowie, niezależnie od wykonania przez zobowiązanego innych jego obowiązków, w tym zwrotu lub zniszczenia wszelkich nośników informacji. W ten sposób uprawniony dodatkowo zabezpiecza się przed ryzykiem wykorzystania informacji przez kontrahenta dla jego własnych celów, bo wyzbycie się fizycznych nośników informacji nie eliminuje przecież tego, co pozostaje w pamięci uczestników negocjacji.

## VI. Sankcje za naruszenie umowy NDA

Umowy NDA przewidują zwykle odpowiedzialność zobowiązanego za naruszenie (ang. *breach*) obowiązku zachowania poufności, nie wprowadzając osobno dodatkowych kryteriów dotyczących innych przesłanek powstania odpowiedzialności. Podejście takie nie dziwi, z uwagi na anglo-amerykańską proweniencję takich umów, gdzie już samo naruszenie

---

<sup>8</sup> Gdyby jednak zawarto umowę, w której nie oznaczono by terminu związania stron jej postanowieniami, należałoby uznać ją za wiążącą – z uwagi na właściwość zobowiązania, jakie kreuje – tylko przez okres utrzymywania się stanu tajemnicy lub interesu uprawnionego w zachowaniu informacji w poufności, a więc podobnie, jak podchodzi się w doktrynie do czasu trwania obowiązku ustawowego z art. 72<sup>1</sup> KC; zob. bliżej rozdz. 1 § 3 pkt IV, s. 22–23.

umowy – jeśli w związku z nim powstała szkoda, a pomiędzy nią a naruszeniem ustalili się istnienie związku przyczynowego, z uwzględnieniem kryterium *remoteness/foreseeability*, a więc wymogu, by powiązane kausalnie okoliczności nie były, w zwykłym toku zdarzeń (ang. *in the ordinary course of things*), od siebie nadmiernie odległe, co ocenia się również z uwzględnieniem tego, czy sprawca szkody mógł przewidzieć konsekwencje swego naruszenia – prowadzi do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej, podobnej do relacji *ex contractu* w prawie polskim.

Natomiast w niektórych kontynentalnych systemach prawa cywilnego – a z pewnością w prawie polskim – dodatkową przesłanką powstania odpowiedzialności *ex contractu* jest możliwość postawienia naruszcycielowi (zobiektywizowanego) zarzutu niedołożenia należytej staranności. Odpowiedzialność z art. 471 i n. KC powstanie więc nie już wtedy, gdy ustalili się istnienie szkody i (adekwatnego) związku przyczynowego pomiędzy nią a zdarzeniem szkodzącym, ale dopiero gdy sprawca szkody nie uwolni się od domniemania niezachowania przezeń należytej staranności, a więc potocznie – od winy (art. 472 KC).

Kwestia ta bywa pomijana przy konstruowaniu umów NDA. W wielu umowach tego rodzaju nie uchyla się standardu winy, choć KC na to zezwala. W myśl bowiem art. 473 § 1 KC, można odpowiedzialność odszkodowawczą oderwać od winy, wskazując okoliczności (mogące spowodować niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązania), za które dłużnik będzie odpowiadać, a nie odpowiadałby na zasadach ogólnych. Ma to szczególnie istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku ujawnienia informacji poufnych przez osoby trzecie (bo zwykle to one, a nie zobowiązany, dopuszczają się takich ujawnień), gdzie wyłączenie konieczności prowadzenia przeciwdowodu na okoliczność zachowania należytej staranności czy to przez samego zobowiązanego (członków jego zarządu), czy też przez osoby, którym zobowiązany powierzył obowiązek zachowania poufności lub z których pomocą obowiązek taki wykonuje (art. 474 KC), mogłoby polepszyć pozycję prawną (procesową) uprawnionego.

Zamiast tego zwykle nakłada się na zobowiązanego obowiązek spowodowania, by poufność respektowały też osoby trzecie, w połączeniu z zobowiązaniem go do zawarcia z nimi umowy NDA, replikującej postanowienia umowy NDA, wiążącej uprawnionego z zobowiązanym. W takich okolicznościach wykazanie przez zobowiązanego, że umowę taką zawarł, i że poczynił dalsze starania (np. wprowadził stosowne zabezpieczenia techniczne mające zapewnić poufności informacji), mogłoby być uznane przez sąd za równoznaczne z dołożeniem przez niego należytej staranności, ze skutkiem w postaci braku odpowiedzialności zobowią-

zanego za naruszenie umowy NDA. Być może trudniejsze byłoby uwolnienie się przez niego od odpowiedzialności za pomocników i podwykonawców, bo wtedy zobowiązany musiałby wykazać, że nie tylko on, ale również oni nie ponoszą winy. Niemniej konstruowanie umów dopuszczających przeciwdowódzawinienia zawsze wiąże się z ryzykiem, że domniemanie niezachowania należytej staranności zostanie obalone.

Wobec tego warto rozważyć – z pozycji uprawnionego – formułowanie umów NDA w taki sposób, by ich niewykonanie (czy nienależyte wykonanie, w zakresie, w jakim umowy takie dotyczą także obowiązków typu *facere*, bo zasadniczy obowiązek – nieujawnianie informacji poufnych – przyjmuje wyłącznie postać *non facere*<sup>9</sup>) sankcjonowane było odpowiedzialnością odszkodowawczą oderwaną od winy, w zakresie, w jakim pozwala na to art. 473 § 1 KC.

Alternatywnym rozwiązaniem jest uzupełnienie umów NDA o klauzule (umowy) gwarancyjne odnoszące się do zachowań osób trzecich (podobne do konstrukcji art. 391 KC), w których zobowiązany zapewniałby (gwarantowałby), że osoby trzecie spełnią świadczenie (tj. nie ujawnią informacji poufnych), z umownym świadczeniem odszkodowawczym (lub ze świadczeniem innego rodzaju, np. zapłatą kwoty w ustalonej w umowie wysokości), gdyby okazało się, że trzeci zachował się inaczej niż to zobowiązany gwarantował, bo ujawnił poufne informacje. Wówczas nieistotne byłoby to, czy trzeci ujawnił je ze swej winy, czy bez winy, ani czy gwarant uczynił cokolwiek, by zapobiec takiemu ujawnieniu, bo dla powstania umownej odpowiedzialności gwaranta okoliczność ta jest bez znaczenia<sup>10</sup>.

Wreszcie należy zauważyć, że standardem w umowach NDA jest zastrzeżenie kar umownych jako surogatu odszkodowania (z klauzulą dopuszczającą dochodzenia nadwyżki szkody ponad wartość kary). Wiąże się to z faktem, że wykazanie szkody wynikłej z ujawnienia informacji poufnych może być utrudnione. Ponadto kary zastrzega się zwykle w dość znacznej wysokości (za każdy przypadek naruszenia umowy oraz rosnąco za czas, w jakim naruszenie trwało), co ma stanowić środek zniechęcający zobowiązanego do naruszenia umowy. Niemniej nadmiernie wygórowana kara umowna może podlegać sądowemu miarkowaniu (art. 484 § 2 KC), w szczególności gdy wystąpi znaczna dysproporcja pomiędzy kwotą kary a wysokością szkody poniesionej przez uprawnionego lub – jeżeli umowa przewiduje świadczenie na rzecz osoby trzeciej (art. 393 KC) – przez inną osobę, w której interesie umowa NDA została zawarta.

<sup>9</sup> Tak trafnie, w odniesieniu do art. 72<sup>1</sup> § 2 KC, P. Machnikowski, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz KC, 2019, art. 72<sup>1</sup>, Nb 5.

<sup>10</sup> Zob. bliżej A. Szlęzak, *Kodeksowe umowy gwarancyjne z udziałem trzeciego* (art. 391 i 392 KC), Warszawa 2021, s. 1–2.

### § 3. Kodeksowa regulacja obowiązku zachowania poufności – art. 72<sup>1</sup> KC

#### I. Wprowadzenie

W uzupełnieniu uwag dotyczących umowy NDA warto poczynić kilka spostrzeżeń w kwestii kodeksowej regulacji odnoszącej się do ochrony informacji poufnych i jej relacji do opisanych wyżej unormowań umownych. Nasuwa się bowiem refleksja, że oszczędna redakcja art. 72<sup>1</sup> KC więcej problemów kreuje niż rozwiązuje. Sporne bowiem w doktrynie są dość zasadnicze kwestie, w tym to<sup>11</sup>:

- 1) jaki charakter (*ex delicto* czy *ex contractu*) ma odpowiedzialność przewidziana normą kodeksową, a jeśli *ex contractu*, to czy zastrzeżenie poufności ma charakter oświadczenia woli kreującego czynność prawną, czy że chodzi raczej o zobowiązanie powstające *ex lege*;
- 2) czy ochroną objęta jest każda informacja określona przez uprawnionego jako poufna, czy tylko informacja o jakichś szczególnych cechach i ponadto w jakiś sposób zabezpieczona przez uprawnionego przed ujawnieniem, jak również to, czy zastrzeżenie poufności może dotyczyć tylko informacji ujawnionej w trakcie negocjacji czy także w ramach innego sposobu zawierania umowy; oraz
- 3) jak długo trwa kodeksowa ochrona poufności i czy jest wypowiedalna w trybie art. 365<sup>1</sup> KC.

Niedostatki regulacji art. 72<sup>1</sup> KC bądź wątpliwości, jakie ona wywołuje, są zapewne jedną z przyczyn, dla których negocjujące strony z reguły wybierają pozakodeksową ochronę umowną. Wówczas jednak powstaje kolejna kwestia wymagająca rozważenia, a mianowicie czy – w przypadku milczenia stron – umowa uchyla w całości zastosowanie normy kodeksowej, czy uchyla ją jedynie w zakresie niedającym się pogodzić z postanowieniami umowy.

Odnosząc się do wskazanych wyżej kwestii (w zakresie niezbędnym do porównania regulacji kodeksowej i typowej regulacji NDA chroniącej poufność informacji), należy zauważyć, co następuje.

---

<sup>11</sup> Nie wyliczam wszystkich takich kwestii; pomijam te, które nie znajdują odzwierciedlenia w rozważaniach dotyczących umów NDA (przykładowo: czy przewidziane w art. 72<sup>1</sup> § 2 KC roszczenie odszkodowawcze i roszczenie o wydanie korzyści mogą być dochodzone łącznie czy jedynie alternatywnie).



## II. Charakter prawny odpowiedzialności z art. 72<sup>1</sup> KC

W doktrynie dominuje pogląd, że odpowiedzialność z art. 72<sup>1</sup> KC ma charakter *ex contractu*, tj. wynika z naruszenia zobowiązania<sup>12</sup>. Różnie jednak postrzega się źródło tego obowiązku. Niektórzy dopatrują się go w ustawie<sup>13</sup>, a inni w czynności prawnej, przy czym z reguły wskazuje się na czynność jednostronną<sup>14</sup>, a rzadziej na umowę<sup>15</sup>. Mniejszościowe jest natomiast stanowisko, że chodzi o odpowiedzialność *ex delicto*<sup>16</sup>, czy o odpowiedzialność „zbliżoną do *ex delicto*”<sup>17</sup>. Wyraziciel tego ostatniego przekonania jest niekonsekwentny, bo równocześnie twierdzi, że do odpowiedzialności tej „stosuje się przepisy ogólne o odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i n. KC)”<sup>18</sup>.

Moim zdaniem, w analizowanym tu przepisie chodzi o odpowiedzialność *ex contractu*, a nie *ex delicto*. Podstawowym celem (czy sensem) przepisów normujących czyny niedozwolone jest **nałożenie obowiązku naprawienia szkody** na jej sprawcę (czy na inną osobę, którą ustawa czyni odpowiedzialną za szkodę) w poszczególnych zdarzeniach cywilnoprawnych, obejmujących stany faktyczne opisane w normach ustawowych, a nie **zakazanie** czynu szkodzącego. Natomiast sensem regulacji art. 72<sup>1</sup> KC jest przede wszystkim wprowadzenie **zakazu** określonej treści, tj. **nałożenie obowiązku nieujawniania i nieprzekazywania informacji poufnych** innym osobom oraz **niewykorzystywania ich dla własnych celów** przez zobowiązanego; sankcja odszkodowawcza jest tu wtórna i powstaje dopiero w wyniku naruszenia tej powinności.

Zarazem podzielić trzeba pogląd, że: „Artykuł 72<sup>1</sup> § 2 KC nie stanowi (...) samodzielnej podstawy odpowiedzialności za naruszenie obowiązku

<sup>12</sup> Zob. np. *M. Krajewski*, w: System PrPryw, t. 5, 2020, s. 911–912, Nb 35; *P. Machnikowski*, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz KC, 2019, art. 72<sup>1</sup>, Nb 5–6; *A. Michalak*, Nowelizacja, s. 587.

<sup>13</sup> Zob. *P. Machnikowski*, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz KC, 2019, art. 72<sup>1</sup>, Nb 5–6; *A. Michalak*, Nowelizacja, s. 587.

<sup>14</sup> Zob. np. *M. Krajewski*, w: System PrPryw, t. 5, 2020, s. 912, Nb 35; *A. Olejniczak, J. Grykiel*, w: *Gutowski*, Komentarz KC, t. 1, 2021, art. 72, Nb 7.

<sup>15</sup> Zob. *D. Rogoń*, Problemy negocjacyjnego trybu zawarcia umowy po nowelizacji kodeksu cywilnego, PPH 2003, Nr 10, s. 11. Autorka wyprowadza wniosek o umownym źródle zobowiązania z art. 72<sup>1</sup> § 1 KC z tego, że przepis ustawy mówi wyraźnie o „udostępnieniu informacji «z zastrzeżeniem poufności», co zakłada istnienie regulacji umownej w tym zakresie” (tamże). Uzasadnienie to nie przekonuje: zastrzec poufność można wszak też bez umowy (a np. w drodze jednostronnej czynności prawnej, jak chce np. *M. Krajewski*, w: System PrPryw, t. 5, 2020, s. 912, Nb 35), jeżeli ustawa przyznaje stronie kompetencję tej treści.

<sup>16</sup> Zob. np. *S. Kubsik*, Przedkontraktowa odpowiedzialność z tytułu nieuczciwych negocjacji, Warszawa 2015, s. 382 i n., zwłaszcza s. 384.

<sup>17</sup> Zob. *K. Czub*, w: *Habdas, Fras*, Komentarz KC, t. I, 2018, art. 72<sup>1</sup>, Nb 9.

<sup>18</sup> Zob. tamże, Nb 10.



[Przejdź do księgarni →](#)